

LIMINAR NA SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVA

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO
Ministro do Superior Tribunal de Justiça
Professor de Direito Processual Civil

Ação de mandado de segurança, quer individual como coletivo, comporta a concessão de liminares, sob os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ou seja, ocorrentes a relevância dos fundamentos invocados e a probabilidade de ineficácia da medida caso não deferida a providência cautelar. A concessão, ou a denegação de liminar, envolve decisão (e não mero despacho), e decisão de natureza cautelar que, pelas suas consequências, cumpre seja sempre cuidadosamente ponderada pelo magistrado, o qual examinará o pedido de cautelar não apenas sob os fundamentos apresentados pelo impetrante, como também pelas consequências relativamente à entidade de direito público (que está no polo passivo da relação processual) e aos eventuais interesses de pessoa física ou jurídica que deva figurar em litisconsórcio passivo. É providência normalmente "de damno vitando" e não "de lucro captando" ou de antecipação da sentença (CASTRO NUNES, "Do Mandado de Segurança", Forense, 1980, p. 268). Não olvidar que a concessão de liminares, "inaudita altera pars", implica em exceção ao princípio tão relevante do prévio contraditório.

Diga-se, neste ensejo, que as liminares são concedidas, ou denegadas, não ao prudente arbítrio do juiz ou pela maior ou menor liberalidade pessoal do julgador, ou porque simpatize ou não simpatize com as teses ou com as idéias preconizadas pelo impetrante, mas sim serão concedidas quando claramente se compuserem ambos os pressupostos legais, e serão denegadas quando tais pressupostos não ocorrerem com a suficiente clareza. O em. Min. EDUARDO RIBEIRO afasta a proclamação discricionária judicial, aludindo que a lei "é impositiva". Se for relevante o fundamento e podendo resultar ineficaz a concessão, a final, da medida, o juiz ordenará a suspensão do ato ("Recurso em Mandado de Segurança", in "Mandados de Segurança e de Injunção", Saraiva, 1990, p. 285).

Em tema de mandado de segurança coletivo, pela sua maior abrangência, redobrada deverá

ser a atenção do magistrado no mensurar os interesses em jogo, os alegados em favor dos substituídos processuais, e os que hajam motivado a atividade dos agentes da entidade de direito público; esta, ao final das contas, presume-se deva estar, em princípio, tutelando os interesses maiores da coletividade e/ou erário, erário que não é 'do Governo', mas deve ser visto como patrimônio de todos os cidadãos para emprego em favor da coletividade.

Por isso, se a decisão do juiz concessiva da liminar (ou em definitivo da segurança), puder plausivelmente ofender a ordem (considerada *lato sensu*), a segurança, a saúde ou a economia públicas, tal decisão poderá ser suspensa pelo presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (infere-se, pois, a possibilidade e a adequação do recurso àquele tribunal). E da decisão presidencial que deferir caberá agravo (dito "regimental"), sem efeito suspensivo (Lei 4.348/64, art. 4º; Lei 1.533/51, art. 13, com a redação dada pela Lei 6.014/73, art. 3º), agravo a ser julgado pelo órgão do tribunal ao qual deva tocar o conhecimento do eventual recurso. O prazo do agravo, de dez (10) dias a teor do art. 4º da Lei 4.348/64, teria sido reduzido a cinco (5) dias, consoante os arts. 25, § 2º e 39 da Lei 8.038/90 (o RISTJ mantém todavia os dez (10) dias, art. 27, § 2º). A respeito, glosas de THEOTÔNIO NEGRÃO (CPC anotado, 21ª ed., ps. 958 e 985), afirmando o quinquídio. Mas a Lei 8.038/90, em seu art. 25, alude apenas ao STJ, não aos demais tribunais! A questão permanece duvidosa, máxime pela conveniência em o prazo não variar de tribunal para tribunal.

2. Questão de magna relevância, a alusiva à possibilidade de recursos contra a decisão do relator, concessiva ou não de segurança, em mandado de segurança originário do tribunal. O Supremo Tribunal Federal tem decidido (Recl. 172-5, RT 612/201; REcl. 247-1-SP), reiteradamente, que da decisão concessiva caberá apenas o pedido de suspensão, nos casos previstos na lei, para o Supremo Tribunal, ou, já agora e em matéria

infraconstitucional, para o Superior Tribunal de Justiça (Lei 8.038/90, art. 25). Sustenta com veemência CALMON DE PASSOS que "decisão do relator é exercício de mera delegação do colegiado que ele integra e só com ratificação pelo colegiado, da decisão do relator, é que se pode falar em decisão recorrível envolvendo outro tribunal" ("Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data", Forense, 1989, p. 55/56).

Parece-nos, sem chegar integralmente às conclusões do eminente processualista baiano, que:

a) da decisão do relator, em mandado de segurança originário de tribunal, nas hipóteses de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, mediante requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Procurador-Geral da República, cabe o pedido de suspensão (que substancialmente tem natureza cautelar) dirigido ao presidente do tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário - STF, ou do recurso especial STJ, se cabíveis em tese tais recursos da decisão final do tribunal se e quando concessiva da segurança; aliás, tanto o art. 279, § 3º do Reg. Interno do STF, quanto o artigo 25, § 3º, da Lei 8.038/90, fazem referência a que a suspensão, decretada pelo Presidente do Tribunal, "vigorará enquanto pendente o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida", pelo STF ou STJ, "ou transitar em julgado";

b) o direito de pedir a suspensão da segurança deve ser igualmente reconhecido às pessoas e às entidades privadas que, em litisconsórcio passivo, devam suportar os efeitos da concessão (voto do em. Min. ANTÔNIO NEDER, SS. 114-SP, in RTJ, 92/939), e esta é a posição de HELY LOPES MEIRELLES, para quem a lei "há que ser interpretada racionalmente para a consecução dos fins a que se destina" ("Mandado de Segurança, Ação Popular, ...", RT, 12ª ed., n. 13);

c) pode acontecer, todavia, que da concessão liminar da segurança não decorra a probabilidade das lesões graves já mencionadas, mas que todavia, na espécie, a liminar não devesse ter sido

concedida, porque inexistentes seus pressupostos, ou seja, por não ocorrer a aparência do bom direito, ou o perigo de dano irreversível; em tais casos, nada mais plausível, a nosso sentir, do que a admissão do agravo regimental dirigido ao órgão competente, no âmbito do tribunal, para o julgamento da própria ação de segurança (assim aliás preconiza o Min. EDUARDO RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 288).

d) indeferida pelo relator a liminar, sempre em ação originária de competência do tribunal, poderá o impetrante, sob a consideração de que o relator exerce função delegada pelo colegiado de que é integrante, agravar para o órgão competente para julgamento de mérito da mesma ação; evitar-se-á inclusive, assim, o uso de um outro mandado de segurança à guisa de sucedâneo recursal. Provido tal agravo, volta-se à hipótese de possibilidade de suspensão da liminar, conforme a alínea a.

No alusivo ao deferimento de liminar, CALMON DE PASSOS salienta a redobrada responsabilidade do magistrado, ao ponderar que a concessão "pode importar em grave transtorno para a atuação da pessoa jurídica em que se insere a autoridade coatora, numa dimensão bem diversa daquela que resultaria da impetração de um mandado de segurança individual. Aqui, o veto da autoridade judicial pode revestir-se de uma extensão muitas vezes nem mesmo mensurável de logo. E isso tem um peso ponderável em termos de interesse público" (*ob. cit.*, p. 43). O eminente GALENO LACERDA, tratando do poder cautelar geral, afirma a prudência com que deverá agir o juiz, ponderando com equilíbrio "as exigências contrastantes das partes com o interesse da administração da justiça, sempre fínito nas providências cautelares", eis que se encontra diretamente em jogo "o bom nome, e até a seriedade da Justiça" ("Comentários ao CPC", Forense, v. VIII, t. I, n.28). Também EGAS MONIZ DE ARAGÃO adverte que "há certas liminares que trazem resultados piores do que aqueles que visavam a evitar. E quem faz esta afirmação, considerando o poder cautelar geral 'perigosa arma de dois gumes', é seu mais entusiasta defensor no Brasil - o professor Galeno Lacerda" ("Revista de Direito da Procuradoria Geral", do Rio de Janeiro, 42/38-39).

Vale colacionar, no ensejo, a norma do artigo 401 do CPC de Portugal, em que o juiz é aconselhado a, ocorrentes a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar, "salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar". Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha ao magistrado prudentemente perquirir sobre o *'fumus boni iuris'*, sobre o *'periculum in mora'* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares).

3. Esta linha de pensamento leva-nos à perquirição de questão outra, tema crítico nos dias atuais, a da constitucionalidade das leis ordinárias que proíbem, em determinados casos, a concessão de liminares. Não faltam autorizadas vozes que atribuem à liminar um "nascido

constitucional", considerando-a implícita "no texto normativo magno", e isto porque a liminar seria indispensável "em algumas hipóteses para a realização da finalidade protetora de direito líquido e certo posta na regra fundamental" (CARMEM LUCIA ANTUNES ROCHA, in "A Liminar no Mandado de Segurança", na coletânea "Mandados de Segurança e de Injunção", Saraiva, 1990, p. 201 e passim).

As leis ordinárias pertinentes à vedação de liminares apresentam-se na seguinte sequência:

a) Lei 2.270/56, supressiva de liminares em ações visando a liberação de bens e mercadorias de origem estrangeira. Buscou esta lei coibir a prática, notória na época, da abusiva 'importação' de automóveis como 'bagagem' de viajantes de retorno dos Estados Unidos, para onde muitos haviam seguido dias antes como o escopo único de obter a entrada dos veículos no Brasil, sem obediência às exigências fiscais e cambiais (AGRÍCOLA BARBI, "Do Mandado de Segurança", Forense, n. 183). Cassadas as seguranças na instância recursal, os automóveis, espalhados pelo país e em poder de terceiros compradores, não mais eram encontrados;

b) Lei 4.348/64, proibitiva de medidas liminares em mandados de segurança impetrados objetivando "reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumentos ou extensão de vantagens." Também teve por causa reiteradas liminares deferidas sem maior cautela, criando situações dificilmente reversíveis após a denegação, no mérito, das pretensões, por infundadas, dos impetrantes;

c) Lei 7.969/89, vedando liminares em ações cautelares atípicas, nos casos em que incabíveis, em casos similares, na via do mandado de segurança. Tal medida, aliás já prevista desde o ano de 1987 na Súmula 09 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cortou a possibilidade de, pelo simples expediente de usar de outro remédio processual, a parte 'contornar' a vedação legal;

d) Lei 8.076/90, que proíbe, até 15 de setembro de 1992, liminares em mandado de segurança e processos cautelares relativos às medidas econômicas do 'Plano Collor'.

Lembro aqui outra Súmula do TJRS, enunciada n.08, que afirma inadmissível, no Juízo de 1º grau, a concessão de medida cautelar, ou de sua liminar, "quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal".

Cumpramos ressaltar, e constitui circunstância importante quando se aprecia o tema das liminares nos mandados de segurança em geral, e pois também dos coletivos, que em muitos casos sua concessão, ou sua denegação, praticamente exaure a prestação jurisdicional, ou pelo menos a utilidade que dela esperava o postulante. A providência do juiz, *limine litis*, apresenta vero caráter satisfativo com desvirtuamento da função 'cautelar'. Lembro caso em que uma associação automobilística rogou liminar a fim de realizar, no dia seguinte, uma competição em determinado autódromo, com a consequente proibição de outra competição, no mesmo local e data, por outra associação semelhante. Se concedida a liminar, e realizada a corrida pela associação A, o writ, em seu objetivo mandamental, não

teria mais objeto; denegada, a corrida seria feita pela associação B, e o writ estaria prejudicado. Era medida postulada à undécima hora, aliás com prova documental insuficiente: neguei a liminar e o mandamus restou prejudicado. Assim também o mandado postulado, como lembrou EGAS MONIZ na conferência já mencionada, para a expedição de passaporte necessário a uma viagem ao exterior em determinada data e voo: concedida a liminar, realizada a viagem, esta tornar-se-ia fato da vida que nada mais apagaria; denegada a liminar, ainda que deferida a segurança em sentença final, aquela pretendida viagem não se teria realizado, e este também fato irreversível da vida. Em suma, a liminar em muitos casos ostenta definitividade, e sua concessão ou denegação resulta em fatos consumados, pelo que deve o juiz redobrar de atenção no exame do pedido.

4. Mas cumpre-nos apreciar a momentosa questão da constitucionalidade, ou não, da vedação de liminares, constante das várias leis ordinárias já enunciadas. De logo, afirma-se que tal questão, ao que sabemos, nunca foi suscitada quando da aplicação das já antigas Leis 2.270 e 4.348, e somente ganhou o debate forense ao calor das lides decorrentes das medidas econômicas emergenciais recentemente decretadas. O argumento básico dos que entendem inconstitucionais tais proibições liga-se à garantia plena, sob tutela constitucional, do acesso à Justiça. Todavia, impende considerar que desde o advento do mandado de segurança, na Constituição de 1934, foram leis ordinárias que, regulando seu procedimento, dispuseram sobre o cabimento da medida liminar. A possibilidade de liminar não está expressa, e de certo modo sequer implícita, na garantia que a Constituição outorga aos cidadãos. É ainda MONIZ DE ARAGÃO:

"Se examinarmos nossa garantia máxima em termos de direito de ação, assegurada pela Constituição, que é a conhecida regra do parágrafo quarto de todas as declarações de direito desde a Constituição de 1946, ou, hoje, do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição de 1988, teremos que a lei não pode impedir a alguém de submeter ao Poder Judiciário uma lesão de direito. A rigor parece-me que proibir ou conceder a possibilidade de outorgar medidas cautelares não fere essa regra. O que o legislador constituinte quer é que toda pessoa possa ingressar em juízo e submeter seu litígio à apreciação do Poder Judiciário. Extrair-se daí que é constitucionalmente exigida a concessão de medida liminar, parece-me exagero. Não me consta que alguém tenha chegado a esse ponto, a que também não vou." (*ob. cit.*, p. 51)

Vale aditar que o deferimento de liminar, *'inaudita altera pars'*, é providência de exceção, porque de certa forma desvirtua o fundamental princípio do contraditório, inerente ao devido processo legal. Outrossim, é de anciã doutrina que inconstitucionalidade somente se decreta quando evidente, quando ostensiva a ofensa à Constituição. Toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela - "every reasonable doubt must be resolved in

favor of the statute, not against it". E os Tribunais não julgarão inválido o ato, a menos que a violação das normas constitucionais se seja, em seu julgamento, clara, completa e inequívoca - "clear, complete and unmistakable" (Justice BLACK, apud LUCIO BITTENCOURT, in "O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis", Forense, 1968, p. 92).

5. Posta esta premissa, cumpre todavia pensar nos casos em que, indeferida a liminar (e portanto, *'a priori'*), também nos casos em que legalmente incabível a própria concessão de liminares), o direito material irremediavelmente perecerá. Em tais casos, a vedação de liminar não ofenderá o princípio constitucional da garantia do acesso à justiça, que tem como características necessárias o acesso útil à Justiça?

A Declaração dos Direitos do Homem, da ONU, integrada ao nosso ordenamento positivo pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988, consagra o direito de toda a pessoa a ser ouvida, "publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer situação penal ou criminal". Em suma, a receber *'his day in court'*. Este direito, internacionalmente consagrado, não implica todavia na possibilidade sempre de deferimento, *limine litis*, de cautelares. Mas MONIZ DE ARAGÃO (ainda na conferência citada) chama a atenção de que outra norma da Declaração da ONU dispõe ter o cidadão direito "a recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes, que o ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei." Recurso, por certo, como palavra empregada em sentido amplo, de demanda judicial que seja efetiva, que possa realmente tutelar o direito invocado; e isso em "prazo razoável", como está na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, art. 6º, 1, lembrada em termos de direito comparado. Após considerações outras, conclui MONIZ DE ARAGÃO com asserto de que "se contrastarmos a situação de proibição de liminares com a regra do recurso efetivo em prazo razoável realmente eficaz, talvez se abra rumo novo para reexame do assunto. Não quero dizer com isso que, através desse rumo, se chegue à convicção de ser inconstitucional a proibição de liminares. Longe de mim, por ora, essa afirmação. "Deixou o eminente processualista, como disse ele, "o problema em aberto".

Todavia, se ao jurista é lícito, e com frequência até conveniente, sobrestar suas conclusões, na aguarda de maior reflexão de novas contribuições doutrinárias e da jurisprudência, todavia o magistrado, no confronto dos casos concretos que lhe são dia a dia submetidos, está adstrito a tomar de logo decisões, não obstante mais tarde possa reconsiderá-las e adotar diretrizes de julgamento diversas.

6. Ponho, assim, meu ponto de vista, sob a censura dos doutos. Não desmereço a valia dos argumentos daqueles que, como v.g. FRANCISCO BARROS DIAS (Rev. "AJUFE", n. 30, p. 33/40), sustentam a total invalidade das normas em geral proibitivas de liminares, porque seriam restritivas "da atividade jurisdicional no processo declarativo, satisfativo ou preventivo". Contudo,

não nos parece, como não pareceu a MONIZ DE ARAGÃO, que da norma constitucional da inafastabilidade da tutela judiciária se possa chegar a tal definitiva conclusão. Quanto às proibições de liminares em ações cautelares, em determinados casos, não tenho dúvida alguma: a lei ordinária pode e respeito livremente dispor, quer dando azo à concessão de liminares (CPC, art. 804), quer retirando tal possibilidade. Aliás, se entendermos que a tutela *'limine litis'* decorre necessariamente da norma constitucional garantidora do pleno acesso ao Judiciário, então haverá que admitir o cabimento da concessão de liminares em todo e qualquer processo, relativo a pretensão de qualquer natureza e sob qualquer rito.

Já no pertinente ao mandado de segurança, este é remédio jurisdicional a que a Constituição atribuiu eficácia potenciada, para usar da expressão de KAZUO WATANABE. Assim, impede fazermos uma distinção. As liminares no mandado de segurança não estão na Constituição: estão na lei ordinária, que pode admiti-las, torná-las defesas em determinados casos, condicioná-las a contracautelas como por exemplo à prestação de cauções. A proibição das liminares na ação de mandado de segurança não é assim, em si, inconstitucional.

O problema reside, todavia, naqueles casos em que o resultado útil, efetivo da ação de segurança supõe necessariamente (cumpre insistir no necessariamente) o deferimento de medida de urgência urgentíssima, sem a qual o direito material do postulante sem dúvida estará exposto a parecer. Nos casos de Lei 2.270/56, v.g., a apreensão de mercadoria e sua guarda pela autoridade alfandegária, durante o tempo de normal processamento do *trít*, não fará sumirem bens depositados e nem perecer o eventual direito do impetrante a importá-los ou a recebê-los como 'bagagem'. Igualmente nos casos da Lei 4.348/64, a proibição de liminares não implicará no desaparecimento, se existente, do direito do funcionário a reclassificações ou a melhorias remuneratórias, máxime em assegurando a jurisprudência, inclusive, o direito à correção monetária na percepção de vantagens atrasadas. Somente nas hipóteses da Lei 8.076/90 é que eventualmente poderá configurar-se prejuízo irreversível se não concedida liminar; nestes casos, e somente nestes, é que a proibição constante da lei ordinária poderá ser afastada pela norma constitucional, então prevalecente. Neste sentido é que compreendo e tenho por jurídicas liminares de juízes federais deferindo a retirada antecipada de determinadas quantias de cruzados novos retidos, em casos nos quais os donos do dinheiro dele necessitavam para prover tratamento médico inadiável em moléstias graves devidamente comprovadas.

Esta solução, com as cautelas sempre exigíveis na apreciação de medidas *'inaudita altera pars'*, consideramos a mais adequada à correta aplicação das leis e da norma constitucional questionadas.

7. Ainda em tema de liminares, em mandados de segurança individuais como coletivos, indaga-se se a liminar, concedida pelo juiz singular, subsiste após a sentença recorrível, denegatória da segurança (vide SÁLVIO DE FI-

GUEIREDO TEIXEIRA, "Mandado de Segurança, uma Visão de Conjunto", in "Mandados de Segurança e de Injunção", Saraiva, 1990, p. 118). Dispõe a Súmula 405 do Pretório Excelso: "Denegado o mandado de segurança, pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária" (anote-se que a palavra 'agravo', constante da Súmula, deve atualmente compreender-se como 'apelação').

O prof. ACRÍCOLA BARBI, em sua clássica monografia, sustenta que "o recurso interposto contra a decisão denegatória do mandado de segurança não revive a medida liminar, quer tenha sido revogada expressamente, ou apenas implicitamente, na sentença recorrida" ("Do Mandado de Segurança", Forense, 3ª ed., n. 246).

HELIO LOPES MEIRELLES recomendou distinções: se o juiz cassar expressamente a liminar, na sentença indeferitória da segurança, não é admissível seu restabelecimento pelo só fato da interposição da apelação; "se o juiz silêncio na sentença sobre a cassação da liminar, é de entender-se mantida até o julgamento da instância superior"; no mesmo sentido, "se o juiz expressamente ressalva a subsistência da liminar até a sentença passar em julgado". E conclui: "o que sustenta ou invalida a liminar, a nosso ver, é o pronunciamento autônomo do juiz sobre a sua persistência ou insubsistência" (ob. cit., 12ª ed., p. 53/55).

ADHEMAR FERREIRA MACIEL, juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, manifesta opinião de que "o juiz que denega a segurança e ainda mantém a liminar, concedida quando ele não era senhor dos fatos, não deixa de agir com ilogismo e arbítrio, pois está atuando em campo que já não lhe diz respeito, pois a matéria foi devolvida a outro julgador: o juiz do segundo grau" ("Observações Sobre a Liminar no Mandado de Segurança", in "Mandados de Segurança e de Injunção", Saraiva, 1990, p. 241).

Em nosso ponto de vista, ponderando a natureza cautelar das liminares, a denegação da segurança implica na revogação da medida liminar, ressalvando-se a possibilidade de, interposta apelação e diante de exposto pedido do recorrente, resolver o relator restabelecê-la, ante peculiares circunstâncias do caso concreto, indicativas da necessidade de providência cautelar na pendência da irresignação.

8. Quanto ao prazo de vigência da liminar - 120 dias mais 30, a teor do artigo 1º, b, da Lei 4.348/64, é de convir que somente será aplicável se para a demora no julgamento concorreu o impetrante; se a demora, todavia, resultar dos próprios sucessos processuais ou do acúmulo de serviço, impende manter a liminar. Aliás, como referiu HELIO LOPES MEIRELLES, "o só transcurso do prazo da liminar não acarreta automaticamente a sua extinção, sendo necessário que o juiz declare a cessação de seus efeitos, pois podem orrorer situações excepcionais que justifiquem a sua subsistência por mais tempo" (ob. cit., p. 52/53). Assim também CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (ob. cit., p. 228/229). Esta solução, embora mui controvertida, parece a mais adequada à natureza do próprio mandado de segurança.

Y